

MEMORANDO

11.2.2
Bogotá,

PARA: **DIEGO OSWALDO LEÓN RIFALDO**
Grupo de Gestión Contractual

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto Jurídico No.010-2021. Viabilidad o no del pago de compensatorios y horas extras a los contratistas que ejerzan sus actividades en los puestos de control del Instituto. Su memorando No.20213111526.

Apreciado doctor Diego:

Para dar respuesta a la solicitud del asunto, recibida para trámite mediante memorando No.20213111526, fechado del 12 de mayo del año en curso; se emite el siguiente Concepto Jurídico.

I. TESIS CONCLUSIVA.

Quien hubiere sido contratado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, en los puestos de control del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, en ningún caso, gozará de compensatorios y horas extras.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta el contrato de prestación de servicios N° 2419-2021 Jhoan Ferney Pinilla, con el objeto "Prestación de servicios para brindar atención en los puestos control de inspección, vigilancia y control dispuestos por EL ICA, ejerciendo vigilancia de la movilización de animales, vegetales y sus productos, entre la zona de frontera y el resto de país". Se presentan las siguientes inquietudes: 1. Como se manejarían los turnos con este contratista, si en el puesto de control se manejan turnos rotativos de 12 horas y la prestación del servicio es 24 horas? 2. Podría entrar a suplir los compensatorios acumulados de los funcionarios a los cuales se le debe desde hace varios años? 3. ¿En caso de tener turnos nocturnos y en días domingos y festivos, tendría derecho a días compensatorios? 4. Si se establece un cumplimiento de las obligaciones dentro del horario establecido (oficinas locales) por la Gerencia Seccional, los funcionarios que se encuentran en provisionalidad aumentarían sus horas extras y días compensatorios ¿Es viable?

III. NORMA(S) CONTROLANTE(S).

- Ley 80 de 1993. Art. 32

- Ley 1042 de 1978.
- Ley 909 de 2004 Art.3

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

Con relación a la naturaleza de los contratos de prestación de servicios, el artículo 32 de la ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

"Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios:

"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."

Como bien se observa, los contratos de prestación de servicios se caracterizan, por la autonomía e independencia del contratista en el ejercicio de sus labores, ausencia de subordinación, ausencia de horario o jornada de trabajo, posibilidad de prestar sus servicios de manera independiente, facultad para utilizar sus propios instrumentos, pactándose su objeto, obligaciones y forma de ejecución y, la actividad que el contratista lleve a cabo, se hará con sujeción al objeto contratado.

Por consiguiente, los particulares que colaboran con el Estado, mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, se rigen con lo establecido en la Ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, por lo que no están inmersos en el contexto de la función pública, y no están regidos por la ley 909 de 2004, que regula el empleo público, ni por el artículo 33 del decreto 1042 de 1978 que trata sobre la jornada laboral de los servidores públicos, y menos están obligados a cumplir horario, pues se insiste, esta clase de vinculación no genera una relación legal y reglamentaria con la entidad, lo que hace imposible aplicarles el régimen de los servidores públicos a los contratistas.

Así mismo, en la legislación civil que regula el contrato de prestación de servicios, nada dice sobre las horas que se deben trabajar en un contrato de prestación de servicios, pues estas se pactarán individualmente en cada contrato, de acuerdo al objeto contratado y a la naturaleza de las

actividades que se van a desarrollar, por lo que las horas que deberá trabajar una persona vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios; es competencia exclusiva de las partes contratantes al momento de fijar las condiciones del negocio jurídico, en atención a la autonomía de la voluntad.

Luego, en un contrato de prestación de servicios no se puede hablar de mínimos y máximos de horas laboradas, pues el horario de trabajo sólo está limitado por la legislación laboral, que como ya se expuso, no aplica en los contratos estatales de prestación de servicios.

De igual forma, frente al tema, en sentencia C-154-9710 la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

"[...] el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente ” .

Igualmente, ante los interrogantes 3 y 4 en los cuales precisa que en el caso de tener turnos nocturnos y en días domingos y festivos, tendría derecho a días compensatorios? Y Si se establece un cumplimiento de las obligaciones dentro del horario establecido (oficinas locales) por la Gerencia Seccional, los funcionarios que se encuentran en provisionalidad aumentarían sus horas extras y días compensatorios ¿Es viable?, .

Es imperante hacer las siguientes precisiones a saber:

Como los contratistas estatales no son empleados públicos como ya se anotó en párrafos anteriores, a ellos no se les aplica el tema de compensatorios, ni el pago de horas extras. De lo contrario desdibuja la naturaleza jurídica del contrato estatal de prestación de servicios, regulado en la ley 80 de 1993.

Ahora bien, si se trata de servidores públicos que pertenezcan a la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO ICA bajo la modalidad de carrera o en provisionalidad,

deben demostrar que han laborado horas extras, domingos y feriados para acceder, ya sea a la remuneración o compensatorios, de conformidad con las normas señaladas para tal fin.

V. CONCLUSIÓN FINAL.

Por un lado, a los contratistas no les opera el pago de horas extras ni compensatorios, toda vez que, no hay subordinación o dependencia respecto del empleador, no tienen derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista y lo que reciben por retribución del servicio prestado son honorarios.

Por el otro, a los servidores públicos, sean de carrera o en provisionalidad tienen una relación legal y reglamentaria con la entidad, estos, se rigen por las normas de la función pública, perciben un salario y tienen derecho al pago de horas extras o compensatorios según la modalidad de horario establecida, en atención a la normativa que los regula.

En los anteriores términos, procedo a dar una respuesta de fondo a su solicitud, indicando que la misma se surte bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,



JUAN FERNANDO ROA ORTIZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Respuesta a: Radicación No. 20213111526 del: 12/05/2021
C.C.: Subg. De Protección Animal
Subgerencia Administrativa y Financiera
Gerencia Seccional Meta
Linda Luz Evelyne Barbosa Díaz / Oficina Asesora Jurídica
Elaboró: Alejandro Otálvaro Uribe